

Tilsigelsesavtaler

Adgangen til å ha ansatte på tilsigelsesavtaler og arbeidstakers rett
til å kreve fast ansettelse

Kandidatnr: 151485

Leveringsfrist: 17.12.2007

Veileder: Tron Dalheim

Til sammen 12533 ord

17.12.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PRESISERING AV TEMA FOR BESVARELSEN	1
1.2	RETTSKILDEBILDET	3
1.3	PROBLEMFORMULERING	4
1.4	AVGRENSNING	5
<u>2</u>	<u>HISTORIKK</u>	<u>5</u>
<u>3</u>	<u>LEGISLATIVE HENSYN</u>	<u>8</u>
<u>4</u>	<u>HOVEDDEL</u>	<u>11</u>
4.1	GENERELT	11
4.2	SKRANKER SOM FØLGER AV REGLENE OM MIDLERTIDIG ANSETTELSE I AML. § 14-9	13
4.2.1	AML. § 14-9 (1) BOKSTAV A); ”ARBEIDETS KARAKTER”.	13
4.2.2	AML. § 14-9 (1) BOKSTAV B); ”VIKARER”	17
4.2.3	RT. 1989 s. 1116.	20
4.2.4	RT. 2006 s. 1158.	22
4.2.5	SAMMENFATNING: AML. § 14-9 (1) BOKSTAV A) OG B)	25
4.2.6	MIN VURDERING	33
4.2.7	KAN FASTE TILSIGELSESAVTALER GÅ KLAR AV VILKÅRENE I AML. § 14-9?	34
4.3	RETTSVIRKNINGENE AV AT EN AVTALE ER INNGÅTT I STRID MED AML. § 14-9	40
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>43</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>45</u>

1 Innledning

1.1 Presisering av tema for besvarelsen

I arbeidslivet finnes det flere ulike måter for arbeidsgivere å knytte til seg arbeidskraft. Utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven § 14-9 er at arbeidstaker skal ansettes fast. At fast ansettelse er lovens hovedregel er en følge av at lovgiver ønsker at arbeidstakeren skal ha et tilstrekkelig stillingsvern. Etter rettspraksis har det også blitt innfortolket at fast ansettelse som utgangspunkt også vil medføre en arbeidsplikt av et visst omfang for arbeidstaker så vel som en tilsvarende lønnsplikt for arbeidsgiver.¹ Loven åpner imidlertid for andre former for tilknytning. Blant annet kan man på visse vilkår ha ansatte på midlertidige kontrakter, jf. aml. § 14-9.

Tilsigelsesavtalene kjennetegnes ved at arbeidstaker ikke har fast arbeidsmengde, men at mengden varierer etter arbeidsgivers behov. Hvorvidt det foreligger en plikt for arbeidstaker til å ta i mot de arbeidsoppdrag som tilbys vil avhenge av en tolkning av arbeidsavtalen. Begrepet ”tilsigelsesavtale” må i denne sammenheng forstås som en avtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver hvor arbeidstaker ikke arbeider til faste tider, men etter forespørsel fra arbeidsgiver når denne har behov.

Begrepet ”tilsigelsesavtale” brukes ikke i arbeidsmiljøloven. Begrepet fungerer som et samlebegrep for ulike typer av fleksible arbeidsavtaler, og er godt etablert i teorien. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å bruke det i framstillingen.

Tilsigelsesavtaler har tradisjonelt blitt ansett for å være en avtalekonstellasjon som ligger et sted mellom fast og midlertidig ansettelse. Begrepet ”tilsigelsesavtale” stammer fra gammelt av og betyr i korte trekk at arbeidstakeren blir ”tilsagt” arbeid når arbeidsgiver har behov for ekstra arbeidskraft. Arbeidstakere ansatt på tilsigelsesavtaler blir ofte omtalt som ekstrahjelper eller tilkallingshjelper.

¹ Rt. 2005 s. 826 avsnitt (28)

Tilsigelsesavtaler kan være ulike i formen. Noen avtaler er etter ordlyden avtaler om fast ansettelse. Andre avtaler bestemmer at arbeidstakeren skal være tilgjengelig for tilkalling, men at hver tilkalling er et midlertidig ansettelsesforhold. Dette er særlig utbredt i utdanningssektoren, hvor det ofte vil være et stort behov for vikarlærere. I helsesektoren har mange arbeidstakere en fast stillingsprosent, men hvor avtalen bestemmer at arbeidstakeren kan tilkalles utover dette. Man kan i slike tilfeller si at det er tilsigelseselement i avtalen om fast ansettelse.

På grunn av at avtalene kan være såpass ulike i formen vil de også reise forskjellige problemstillinger. Felles for avtalene er at arbeidstakeren møter til arbeid etter tilkalling, noe som kan være problematisk i forhold til arbeidsmiljølovens stillingsvern.

De ulike formene for tilsigelsesavtaler illustreres av avgjørelsene i Rt. 2005 s. 826 og Rt. 2006 s. 1158. Disse avgjørelsene vil være sentrale i framstillingen. Avgjørelsene reiser særlig problemstillinger både i forhold til reglene om midlertidig ansettelse, men også mer generelt i forhold til hvilken adgang det er til å ha ansatte på tilkalling.

Når man som arbeidstaker på tilsigelsesavtale blir tilkalt vil arbeidssituasjonen ofte være lik den for vikarer. I mange tilfeller vil også den som møter på tilsigelse vikariere for en arbeidstaker som er fraværende. En tilsigelsesavtale er dog ikke det samme som en vikaravtale. En tilsigelsesavtale gir arbeidstakeren et løfte om at han vil bli tilbudt arbeid dersom arbeidsgiveren finner at det er behov for ekstra arbeidskraft. En vikaravtale er en avtale om at arbeidstakeren skal tiltre en konkret stilling for en nærmere angitt periode. En tilsigelsesavtale vil ofte gå ut på at arbeidstakeren skal være ”fast vikar” eller at han skal være del av en ”vikarpool”.

1.2 Rettskildebildet

Adgangen til å ha ansatte på tilsigelsesavtaler er ikke regulert i arbeidsmiljøloven av 2005. Avtalene reguleres delvis av reglene om midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven § 14-9. Disse reglene er de samme som etter arbeidsmiljøloven av 1977.

Forholdet til tilsigelsesavtalene er heller ikke i særlig grad behandlet i forarbeidene. Emnet er i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) viet noe oppmerksomhet i forbindelse med reglene om midlertidig ansettelse, men problemstillingene knyttet til tilsigelsesavtaler blir ikke drøftet inngående. Også forarbeidene til eldre arbeidsmiljølover, særlig Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) vil være relevante, ettersom det ikke var meningen å endre rettstilstanden med aml. § 14-9.

Bruken av tilsigelsesavtaler er imidlertid omfattende. I enkelte bransjer er det særlig lang tradisjon for å benytte seg av denne typen avtaler. Restaurantbransjen er et godt eksempel. Behovet for arbeidskraft vil i stor grad være varierende og bruk av ekstrahjelpere og tilkallingsvikarer er følgelig utstrakt. I deler av restaurantbransjen er også adgangen til å benytte seg av tilkallingshjelper regulert av tariffavtaler, eksempelvis Riksavtalen for hotell og restaurant 2006-2008.

Det blir derfor i stor grad opp til rettspraksis å regulere adgangen til å inngå tilsigelsesavtaler. Spørsmålet om i hvor stor grad man kan inngå tilsigelsesavtaler har da også vært oppe til behandling flere ganger. I det følgende vil jeg særlig se på Rt. 1989 s. 1116, Rt. 2006 s. 1158 og Rt. 2005 s. 826, men også andre avgjørelser som belyser ulike spørsmål knyttet til tilsigelsesavtaler vil behandles.

Emnet er ikke viet omfattende behandling i juridisk teori. Jakhelln² behandler emnet overfladisk. Mer dyptgående framstillinger av rettstilstanden for tilsigelsesavtalene er

² Henning Jakhelln, "Oversikt over arbeidsretten" 4. utgave

blant annet gitt i artikler av Frogner³, Evju⁴ og Dalheim.⁵ Artiklene drøfter i vesentlig større grad enn forarbeidene de særlige problemstillingene som gjelder tilsigelsesavtaler.

1.3 Problemformulering

De ulike typene tilsigelsesavtaler reiser i stor grad de samme spørsmålene i forhold til aml. § 14-9. Imidlertid er det også sider ved avtalene som reiser særlige spørsmål og som følgelig nødvendiggjør separat behandling av avtalene på noen punkter.

Tilsigelsesavtaler kan for det første tilsynelatende være avtaler om fast ansettelse. Et godt eksempel på det er avtalen som lå til grunn for arbeidsforholdet i Rt. 2005 s. 826 (Kjell Braaten AS). Arbeidsavtalen medførte etter sin ordlyd at arbeidstaker var fast ansatt, mens den samtidig innebar at arbeidstakeren kun skulle arbeide etter tilkalling når arbeidsgiver hadde behov for ekstra arbeidskraft.

Høyesterett tok her spørsmål om slike avtaler omfattes av aml. § 14-9. Jeg vil her gå inn å se på hvilke skranker Rt. 2005 s. 826 oppstiller for adgangen til å lovlig inngå slike avtaler, og forholdet til reglene om midlertidig ansettelse.

Den andre formen for tilsigelsesavtaler er avtaler som uttrykkelig fastslår at hver tilkalling som blir akseptert av arbeidstaker er å anse som et midlertidig ansettelsesforhold. Avtalen, hvis gyldighet drøftes, i Rt. 2006 s. 1158 (Ambulansearbeider) er et godt eksempel på denne typen avtale.

I disse tilfellene er det klart at det er forholdet til reglene om midlertidig ansettelse som må diskuteres. Når arbeidsforholdet rubriseres som et midlertidig ansettelsesforhold, må selvsagt vilkårene i aml. § 14-9 være oppfylt for at avtalen skal være gyldig. Rt. 2006 s.

³ Marit B. Frogner, "Tilsigelsesavtaler", *Arbeidsrett* vol. 2. nr. 4 2005 s. 237

⁴ Stein Evju, "Tilsigelsesavtaler – omgåelse av midlertidig ansettelse", *Nytt i Privatretten* nr. 3/2005 s. 2

⁵ Tron Dalheim, "Midlertidig ansettelse – tilkallingsvikarer, ekstrahjelp m.v." *Arbeidsrett* vol. 3. nr. 4 2006 s. 244

1158 tar stilling til hvilke skranker som følger av reglene om midlertidig ansettelse for adgangen til å inngå tilsigelsesavtaler. En lignende avtale ble drøftet i Rt. 1989 s. 1116, og Rt. 2006 s. 1158 kaster nytt lys over den avgjørelsen. Begge avtaletypene har en side til reglene om midlertidig ansettelse. Hvilke krav reglene i aml. § 14-9 stiller til innholdet i og praktiseringen av tilsigelsesavtaler vil følgelig være sentralt i framstillingen.

1.4 Avgrensning

Jeg vil i det følgende kort rede for tilsigelsesavtalenes bakgrunn, i tillegg til å gi en oversikt over hvilke hensyn som er sentrale når man skal vurdere adgangen til å inngå tilsigelsesavtaler.

Under hoveddelen vil jeg først behandle tilsigelsesavtalenes forhold til reglene om midlertidig ansettelse i aml. § 14-9 før jeg går over til å behandle særlige spørsmål knyttet til avtalene som i formen er faste. Avslutningsvis vil jeg prøve å skissere et bilde av hva som nå må sies å være rettstilstanden for tilsigelsesavtalene.

Selv om reglene om midlertidig ansettelse så vel som reglene om inngåelse og avslutning av arbeidsforhold vil være en del av framstillingen så er det ikke meningen å gi en generell framstilling av disse reglene. Disse reglene vil kun bli behandlet i den grad og i det omfang som er nødvendig for å belyse problemstillinger som knytter seg til tilsigelsesavtalene.

2 Historikk

Ansatte på tilsigelsesavtaler blir ofte betegnet som ekstrahjelp, ringehjelp eller noe lignende. ”Ringehjelp” er et begrep som har opprinnelse i tariffavtalen til Hotell- og Restaurantarbeiderforbundet. Betegnelsen ble brukt om arbeidstakere som var å anse som ”ekstrahjelper som blir tilkalt etter behov”. Hotell- og restaurantbransjen har historisk sett hatt høyt forbruk av denne typen ekstrahjelper, og det var blant annet

forholdene i denne bransjen som medførte at man i forarbeidene til endringsloven av 1995 uttrykte at når slike "... arbeidsforhold også brukes for å dekke et permanent arbeidskraftbehov" vil det måtte anses som en omgåelse av stillingsvernet og følgelig i strid med loven.⁶

Hva man velger å kalle arbeidstakerne er uvesentlig. Poenget er at arbeidstaker møter til arbeid etter tilkalling fra arbeidsgiver. Derfor kommer jeg i det følgende til å bruke benevnelsen "tilkallingsvikar" om ansatte på tilsigelsesavtaler. Ordet "tilkalling" viser at det ikke foreligger fastsatt arbeidstid eller arbeidsomfang, og ordet "vikar" får fram at tilkallingen skjer når det foreligger et behov for ekstra arbeidskraft hos arbeidsgiver.

I de nevnte forarbeidene ble ikke tilsigelsesavtaler behandlet som et eget punkt, men situasjonen for ansatte på tilkalling ble adressert i forbindelse med drøfting av reglene om midlertidig ansettelse. Dette er noe som går igjen i forarbeidene til de ulike arbeidsmiljølovene vi har hatt i Norge. Tilsigelsesavtaler virker å ha blitt plassert inn under midlertidig ansettelse, og særlig blir det holdt opp mot vikariatene. Dette er ikke helt treffende, men det uttales en del i forbindelse med dette som også vil ha betydning for de rene tilsigelsesavtaler.

Formålet med endringen i 1995 var følgelig å skape trygge arbeidsplasser og hindre at virksomheter, i tillegg til en fast arbeidsstyrke, benytter seg av flere kortvarige midlertidige arbeidsforhold for å dekke et permanent og stabilt behov for arbeidskraft.⁷

Som følge av dette ble det adgangen til midlertidig ansettelse strammet inn gjennom vedtakelsen av aml. § 58A. Det synes å ha vært forutsatt i forarbeidene at adgangen til å inngå tilsigelsesavtaler generelt skulle bli snevrere i forhold til arbeidsmiljøloven av 1977.

⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 179

⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165

Etter arbeidsmiljøloven av 1977 var det blant annet meningen at domstolene skulle nøye seg med å konstatere at det foreligger en ugyldig arbeidsavtale ”dersom avtaler om vikariat inngås for å omgå lovens bestemmelser [om oppsigelse] eller om avtalene er utilbørlig i forhold til arbeidstakeren”⁸.

Uttalelsene i forarbeidene til lovendringen av 1995 tyder altså på at det var et ønske om å stramme inn praksis i forhold til å ha ansatte på tilsigelsesavtaler i forhold til loven av 1977.

En av årsakene til at dette problemet blir tatt opp i forarbeidene til endringsloven var avgjørelsen i Rt. 1989 s. 1116. Arbeidstaker hadde over en periode på to og et halvt år utført arbeid med et omfang og en hyppighet som ikke skilte seg fra det som var skiftordningen for de fast ansatte. Høyesterett kom til at vilkårene for å hente inn vikar etter arbeidsmiljøloven av 1977 § 58 nr. 7 ikke var oppfylt. Begrunnelsen var at forholdet måtte anses som et forsøk på omgåelse av lovens regler. Denne avgjørelsen behandles mer inngående nedenfor under punkt 4.2.3.

I utkastet til arbeidsmiljølov av 2005 ble det imidlertid foreslått en videre adgang til midlertidig ansettelse og følgelig til å inngå tilsigelsesavtaler. Blant annet ble det foreslått en generell, vilkårsløs adgang til midlertidig ansettelse i inntil 6 måneder. Denne perioden kunne forlenges slik at samlet varighet ble 12 måneder.⁹ Forslaget var imidlertid omstridt og bestemmelsen om midlertidig ansettelse ble reversert av regjeringen Stoltenberg II etter stortingsvalget i 2005.

Forholdet mellom tilsigelsesavtaler og reglene om midlertidig ansettelse blir ytterligere avklart i Rt. 2006 s. 1158, og i Rt. 2005 s. 826. Jeg vil komme tilbake til disse avgjørelsene under henholdsvis punkt 4.2.4 og punkt 4.2.6.

⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 71

⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 363

3 **Legislative hensyn**

Arbeid er kanskje den viktigste ytre faktoren for å oppnå en stabil personlig økonomi og sosial trygghet. En rekke goder som barnehage, skolefritidsordning i tillegg til de mer grunnleggende menneskelige behov er avhengig av at man har penger til disposisjon. Arbeid er i de fleste tilfeller en forutsetning for å oppnå alt dette. Derfor har stillingsvernet fått en sentral plass i arbeidsmiljøloven. Arbeidstakeren skal ikke måtte leve på arbeidsgivers ”nåde”. Sikkerhet for arbeid gir sikkerhet for lønn. På grunn av dette er det gitt regler som krever saklig grunn for oppsigelse samt andre regler for å sikre særlig utsatte grupper av arbeidstakere.

Dette er også årsaken til at loven som hovedregel krever at arbeidstaker ansettes fast. Betydningen av fast arbeid er åpenbar i mange sammenhenger. Som nevnt ovenfor krever velferdstilbud som barnehage og skolefritidsordning at man har fast inntekt slik at man til enhver tid kan betale for disse tjenestene.

Etter arbeidsmiljøloven § 1-1 er et av lovens formål å legge til rette for at arbeidstaker kan oppnå ”velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utviklingen i samfunnet”. Stabil og forutberegnelig inntekt er viktig for å kunne oppnå dette for arbeidstaker selv og dennes familie.

Stabil og forutberegnelig inntekt er også viktig for arbeidstakers mulighet til å oppnå trygge økonomiske rammer. Fast inntekt gjør det mulig for arbeidstaker å få banklån og følgelig tilegne seg faste verdier og planlegge sin økonomi i et langsiktig perspektiv.

På den annen side er behovet for fleksibilitet stort både hos arbeidsgiver og arbeidstaker. Mange arbeidstakere er i en livssituasjon hvor det er andre ting som krever mye tid, og det er da en fordel å være i en arbeidssituasjon hvor det ikke foreligger en arbeidsplikt.

En stor del av ansatte på tilsigelsesavtaler er da også småbarnsmødre og skoleungdom. For slike arbeidstakere er det viktig å kunne ha arbeid som ikke nødvendigvis går utover arbeidstakerens andre forpliktelser.

Også arbeidsgiver kan nyte godt av en fleksibel arbeidsstokk. Sykefravær eller uforutsette toppler i etterspørsel eller pågang fra kunder kan føre til underbemanning i enkelte tidsrom. For bedriften vil det da være en stor fordel å kunne hente inn arbeidskraft som allerede kjenner bedriften godt fra tidligere og som kan steppe inn på kort varsel. Dette kan blant annet oppnås ved å ha ansatte på tilsigelsesavtaler.

For arbeidstaker vil også det å være ansatt på tilsigelsesavtale i mange tilfeller kunne være en god introduksjon til arbeidslivet, styrke sjansene for fast ansettelse i den aktuelle bedriften på et senere tidspunkt, og gi verdifull arbeidserfaring.

Ansettelse på tilsigelsesavtaler kan således ha mye for seg, men det er også mange aspekter som gjør at adgangen bør være underlagt begrensninger.

For eksempel vil utstrakt bruk av tilsigelsesavtaler representere en fare for omgåelse av oppsigelsesreglene. I kontrakter som den i Ambulansearbeider-saken hvor hver tilkalling er å anse som et midlertidig ansettelsesforhold har ikke arbeidstakeren noen form for stillingsvern. Dersom arbeidsgiver ikke lenger har behov for arbeidstakeren er arbeidsforholdet i praksis over.

Også hvor ansettelsen på papiret er fast, jf. Braaten-saken, kan oppsigelsesreglene omgås selv om det er inntatt en klausul om oppsigelsestid. Dersom det ikke foreligger noen rett til arbeid utover tilkallingene fra arbeidsgiver kan arbeidsgiver ”slippe unna” ved å ikke tilkalle arbeidstakeren mens oppsigelsesfristen løper.

Også i forhold til yngre og mer uerfarne arbeidstakere kan det anføres at utstrakt bruk av tilsigelsesavtaler vil harmonere dårlig med lovens hensikter. Dette fordi unge,

uerfarne arbeidstakere representerer en særlig sårbar gruppe som ofte ikke kjenner til de rettigheter de har som arbeidstakere.

Statistikk fra Statistisk Sentralbyrå¹⁰ viser at en høy andel av ekstrahjelper i norske bedrifter er ungdom og ”inntredere” i arbeidsmarkedet. Undersøkelsen viser at 20 % av ansatte mellom 16 og 19 år kun jobber etter tilkalling, mens dette utgjør 12 % av ansatte mellom 20 og 24 år.

Når det arbeides kun etter tilkalling vil dette innebære svært liten sikkerhet for lønn. Hvordan dette faktisk slår ut er imidlertid avhengig av hvordan arbeidsforholdet praktiseres. Dette behøver ikke å innebære at denne arbeidskraften faktisk blir misbrukt, men utstrakt bruk av denne typen avtaler vil medføre en viss risiko for at den uerfarne arbeidskraften blir misbrukt.

Videre framgår det at ekstrahjelper generelt sett i liten grad blir integrert på arbeidsplassen og at de ikke føler seg som en del av arbeidsstokken. Dette kan også ha sammenheng med at de kun tilkalles etter behov og at dette behovet kan variere slik at kontakten med de faste ansatte blir sporadisk. Også aldersforskjellen vil kunne bidra til slik manglende integrering. At det er en viss fare for at blant annet ekstrahjelper ikke blir integrert på arbeidsplassen er også anerkjent av lovgiver som i aml. § 13-1 (3) har lovfestet et forbud mot diskriminering av de som kun arbeider deltid og midlertidig ansatte.

¹⁰ Tilleggsundersøkelse til Arbeidskraftundersøkelsen (AKU) i 2. kvartal 2004

4 Hoveddel

4.1 Generelt

Det er ingen lovregler som direkte regulerer tilsigelsesavtaler. De spørsmål tilsigelsesavtalene reiser må følgelig løses på annet grunnlag.

Som nevnt ovenfor kan tilsigelsesavtaler inngås i ulike former. Det er ikke tvilsomt at man som utgangspunkt kan inngå arbeidsavtaler med fleksibel arbeidstid og hvor arbeidstaker møter etter behov. Bruken av slike avtaler reiser imidlertid visse spørsmål. For det første kan det oppstå spørsmål om det i realiteten foreligger en fast ansettelse med det resultat at arbeidstaker har stillingsvern. I forlengelsen av dette vil det også kunne reises spørsmål om arbeidstaker har en rett til arbeid og lønn i et visst omfang, med en tilsvarende plikt for arbeidsgiver.

Enhver tvist knyttet til et avtaleregulert forhold må løses med utgangspunkt i den avtalen som stifter rettigheter og plikter for partene. I et ansettelsesforhold må følgelig tvister løses med utgangspunkt i arbeidsavtalen.

Avtalens ordlyd vil være utgangspunktet for å løse tvister knyttet til arbeidsavtalen, men det partene uttrykkelig har avtalt kan ikke alltid uten videre legges til grunn. For det første kan ikke avtalen stride mot preseptorisk lovgivning, jf. aml. § 1-9. Også hvordan arbeidsavtalen praktiseres av partene vil være relevant når man skal fastslå innholdet i arbeidsavtalen.¹¹

Er avtalen etter sin ordlyd klar, som i Rt. 2006 s. 1158, byr det ikke på noe problem å fastslå etter hvilke regler avtalen reguleres. I Rt. 2006 s. 1158 var det inntatt et punkt i avtalen om at hver vakt arbeidstakeren blir tilkalt til ”er å anse som en tidsbegrenset arbeidsavtale som opphører når den/de avtalte vakt(er) er avsluttet, jfr.

¹¹ Jakhelln, på s. 250

arbeidsmiljøloven § 58A¹²”. Når avtalen er så klar på at hver tilkalling innebærer at det blir etablert et nytt midlertidig arbeidsforhold må gyldigheten av avtalen naturligvis reguleres av reglene om midlertidig ansettelse i aml. § 14-9.

Mer uklar er rettstilstanden for arbeidsavtalene som i formen er faste. Årsaken til dette er at hensynene bak reglene om midlertidig ansettelse ofte vil gjøre seg gjeldende for disse avtalene, samtidig som de framstår som avtaler om fast ansettelse. Bakgrunnen for begrensningene i adgangen til midlertidig ansettelse ligger i det at midlertidig ansettelse ikke gir arbeidstaker særlig trygghet for arbeid og følgelig lønn, og at stillingsvernet er svakere for midlertidig ansatte. Avtaler som i formen innebærer fast ansettelse kan i forhold til dette være problematiske da arbeidsomfanget ofte vil avhenge av både av arbeidsgivers behov og vilje til å benytte seg av arbeidstakeren. Dette vil kunne undergrave stillingsvernet. Denne problemstillingen belyses i Rt. 2005 s. 826. I Rt. 2005 s. 826 uttales det imidlertid at ikke enhver ”fast tilsigelsesavtale” utløser de hensyn som aml. § 14-9 skal verne. Det åpnes også for at slike faste tilsigelsesavtaler kan være gyldige, så fremt avtalen er tilstrekkelig ”bestemt ... med hensyn til arbeidstagerens rett til arbeid”. Hva som nærmere ligger i dette følger ikke av dommens premisser. Heller ikke Evju¹³ går nærmere inn på hva som ligger i dette, men synes å dele oppfatningen til førstvoterende i avgjørelsen.

Følgelig vil både avtalene som i formen er faste og de som slår fast at hver tilkalling er et nytt midlertidig arbeidsforhold etter omstendighetene måtte reguleres av aml. § 14-9. I forhold til vurderingen av avtalens lovlighet i forhold til vilkårene i aml. § 14-9 vil det derfor være unaturlig og lite hensiktsmessig å sondre mellom de ulike avtaletypene. Samtidig er det, med støtte i førstvoterendes uttalelser i Rt. 2005 s. 826, på det rene at de avtalene som i formen er faste også kan gå klar av reglene om midlertidig ansettelse. Spørsmålet blir da hva som kreves for at denne typen avtaler skal gå klar av reglene i aml. § 14-9.

¹² Nå aml. § 14-9

¹³ Evju, på s. 4

I forhold til tilkallingsvikarer er det bestemmelsene i aml. § 14-9 (1) bokstav a) og b) som er relevante. Hvilken bokstav som kan hjemle bruken av tilkallingsvikarer i det konkrete tilfelle vil bero på forhold knyttet til tilkallingen. I de tilfeller arbeidstakeren tilkalles på grunn av fravær hos så er det naturlig å vurdere forholdet etter bokstav b), mens det nok vil være mer naturlig å vurdere tilkallinger på bakgrunn av andre forhold som medfører økt behov for arbeidskraft etter bokstav a). Hvilket alternativ forholdet må reguleres etter må følgelig bero på hva som anføres som grunnlagt for tilkallingen. Rettspraksis er i hovedsak knyttet til tilfeller hvor tilkallingshjelpen arbeider for å avhjelpe fravær blant de faste ansatte.

4.2 Skranker som følger av reglene om midlertidig ansettelse i aml. § 14-9

4.2.1 Aml. § 14-9 (1) bokstav a); "arbeidets karakter".

Aml. § 14-9 bestemmer at arbeidstaker som hovedregel skal ansettes fast. Dersom nærmere angitte vilkår er oppfylt kan imidlertid arbeidstaker gis tidsbegrenset ansettelse. Etter aml. § 14-9 (1) bokstav a) er det adgang å benytte seg av midlertidig ansettelse når "arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten."

Denne bestemmelsen er en videreføring av arbeidsmiljøloven § 58A, og erstatter aml. § 14-9 (1) bokstav b) og g) slik bestemmelsen var utformet i Ot.prp. nr.49 (2004-2005). I forarbeidene til endringsloven ble det framholdt at "endringen har ingen materiell betydning"¹⁴. At det ikke har vært meningen å gjøre noen realitetsendring legges også til grunn av førstvoterende i Rt. 2006 s. 1158 som uttaler at resultatet ville blitt det samme etter den nye aml. § 14-9, som etter den gamle § 58A.

¹⁴ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 12

Det kan etter ordlyden synes som om det her oppstilles to vilkår som begge må være oppfylt. Det følger imidlertid av Rt. 2001 s. 1413 at bestemmelsen ikke kan tas strengt på ordet. Denne forståelsen hjemler førstvoterende i forarbeidene til endringsloven av 1995.

I følge forarbeidene var hensikten med lovendringen ”å avgrense den skjønnsmessige vurdering av regelens innhold”.¹⁵ Formuleringen ”arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten” må etter dette forstås som en presisering av vilkåret om ”arbeidets karakter”. Ved å redusere den skjønnsmessige vurderingen vil man oppnå et mer effektivt vern av de hensyn som ligger bak den snevre adgangen til midlertidig ansettelse. En slik forståelse støttes av den nevnte Rt. 2001 s. 1413.

Det nærmere innhold i begrepet ”arbeidets karakter” er sammensatt. Ordlyden er til tross for presiseringen uklar og det er i teorien antatt at det må ”foretas en konkret skjønnsmessig vurdering av det enkelte ansettelsesforhold”.¹⁶ Som framholdt av Fougner og Holo må man ved fortolkningen se hen til bestemmelsens formål; å hindre omgåelse av stillingsvernsreglene.¹⁷

Utgangspunktet er i følge Fougner og Holo at arbeidet må atskille seg fra det arbeid som ordinært utføres ved virksomheten.¹⁸ Dette er imidlertid bare et utgangspunkt, og i Rt. 2001 s. 1413 uttalte Høyesterett at ikke kan oppstilles et absolutt krav om at ”de arbeidsoppgaver som skal gi grunnlag for en midlertidig ansettelse, innholdsmessig må atskille seg fra de som ordinært utføres i virksomheten”.¹⁹ Førstvoterende i Rt. 2001 s. 1413 bygget sitt utsagn på forarbeidene til lovendringen i 1995.²⁰ I denne forbindelse

¹⁵ Innst.O. nr. 2 (1994-1995) s. 29

¹⁶ Fougner og Holo, Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, på s. 650

¹⁷ Fougner og Holo, på s. 655

¹⁸ Fougner og Holo, på s. 655

¹⁹ Rt. 2001 s. 1413, på s. 1422

²⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 179

pekte førstvoterende på at en ”sesongavhengig og sterk økning av ordinære arbeidsoppgaver” vil kunne begrunne midlertidig ansettelse.

Når det gjelder svingninger i arbeidsmengden er det i senere forarbeider forutsatt at midlertidige topper som ikke skyldes sesongmessige svingninger kan begrunne bruk av midlertidig ansettelse, men kun dersom det er snakk om kortvarige og uforutsette situasjoner.²¹ Ordinære og forbigående topper i etterspørselen vil således falle utenfor.²²

I forhold til aml. § 14-9 (1) bokstav a) må tilsigelsesavtalers gyldighet vurderes med utgangspunkt i om det er svingninger i etterspørselen som medfører et unaturlig høyt behov for arbeidskraft. Samtidig må det påvises ”forhold eller hensyn som gjør det nødvendig med en tidsbegrenset arbeidsavtale”.²³ Behovet for arbeidskraft må med andre ord være midlertidig, og i lys av lovens formål kan heller ikke det midlertidige behovet være langvarig. I så fall vil hensynene bak stillingsvernsreglene slå til.²⁴ I julebordsesongen vil restauranter og serveringssteder kunne påvise slike forhold, og lignende også i sommermånedene for bønder som driver med jordbær. Dette støttes av Fougner og Holo som legger til grunn at det vil være lovlig dersom en person ansettes på midlertidig basis for å ”utføre sterkt sesongpreget arbeid”.²⁵

Bestemmelsen i aml. § 14-9 (1) bokstav a) synes etter dette å være ment for å regulere enkeltstående tidsbegrensede ansettelsesforhold. Tilsigelsesavtaler er imidlertid, i grove trekk, avtaler om at arbeidstaker skal stå til arbeidsgivers disposisjon når det er behov for ekstra arbeidskraft.

Når en tilsigelsesavtale uttrykkelig sier at hver tilkalling skal anses som et midlertidig ansettelsesforhold, oppstår det et spørsmål om hva som i forhold til aml. § 14-9 skal

²¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 202

²² Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 179

²³ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165

²⁴ Fougner og Holo, på s. 657

²⁵ Fougner og Holo, på s. 650

anses som arbeidsavtalen; avtalen om at arbeidstakeren skal kunne tilkalles, eller dannes det en ny avtale for hver tilkalling?

Det som taler for å anse selve tilsigelsesavtalen som arbeidsavtalen i dette henseende er det at det er den som etablerer partenes rettigheter og plikter.

Når tilsigelsesavtalen bestemmer at hver tilkalling er et midlertidig arbeidsforhold blir selve tilsigelsesavtalen formelt bare en intensjonsavtale hvor arbeidsgiver får en garanti om at han vil bli tilbudt arbeid etter behov. Dette medfører at det vanskelig vil la seg gjøre å vurdere gyldigheten av en tilsigelsesavtale opp mot reglene i aml. § 14-9. I tillegg til de praktiske problemer vil det gi lite mening å vurdere en tilsigelsesavtale etter reglene i aml § 14-9, med mindre arbeidsforholdet praktiseres på en slik måte at det ikke lenger kan være snakk om uavhengige tilkallinger.

Etter dette må gyldigheten av tilsigelsesavtaler i forhold til aml. § 14-9 i utgangspunktet bedømmes konkret for hver enkelt tilkalling. Dette er også å være den løsning som med tanke på hensynene bak regelen i § 14-9 (1) bokstav a) har mest for seg. I denne forbindelse må det imidlertid også påpekes at selv om den enkelte tilkallingen er gyldig i forhold til aml. § 14-9 vil dette ikke være tilstrekkelig dersom arbeidsforholdet sett under ett bærer preg av å være et fast arbeidsforhold. Dette ble vektlagt i Rt. 1989 s. 1116 hvor tilkallingene av arbeidstakeren var så stabile at den i praksis tilsvarte skiftordningen for de fast ansatte.

Når tilkallinger skal vurderes opp mot aml. § 14-9 (1) bokstav a) vil det avgjørende således være om det foreligger slike unaturlige svingninger som medfører et unaturlig høyt behov for arbeidskraft som kan begrunne den konkrete tilkallingen.

Som nevnt i forarbeidene er det meningen at bestemmelsen skal ta høyde for sesongmessige svingninger hvor etterspørsel og behov for arbeidskraft blir vesentlig høyere enn resten av året. Tilkallinger for å dekke slike behov vil følgelig i utgangspunktet gjelde kortvarige perioder. Når arbeidstakere på tilsigelsesavtaler blir

tilkalt i slike situasjoner vil det ligge i sakens natur at ansettelsesforholdet er av kortvarig og midlertidig art. Stillingsvernet vil dermed ikke slå til i samme grad som for de lengre tilkallingsperioder.

Det er i hovedsak ved de lange vikariater, eller ved flere kortvarige vikariater med nær sammenheng i tid, hensynene bak stillingsvernsreglene slår til. Når en arbeidstaker over en lengre periode regelmessig har utført arbeid vil det være best i tråd med arbeidsmiljølovens intensjoner at arbeidstakeren gis en viss sikkerhet for arbeid og lønn. Når det foreligger slik regelmessighet vil det for arbeidstakeren kunne dannes en berettiget forventning om at han vil bli tilbudt arbeid av et visst omfang, og følgelig en forventning om en viss inntekt. For at arbeidstakere ikke skal bli gå glipp av den forventede inntekt har stillingsvernsreglene til hensikt å verne arbeidstaker mot at arbeidsforholdet blir terminert uten forvarsel og på usaklig grunnlag.

På den annen side vil arbeidsforholdet når tilkallingshjelper stiller sin arbeidskraft til disposisjon for å avhjelpe kortvarige toppler i etterspørsel og behov, bære mer preg av å være en kilde til ekstrainntekt for arbeidstakeren. Ved slike enkeltstående og rent kortvarige ansettelsesforhold vil hensynene bak stillingsvernreglene ikke slå til i like stor grad.

Som en konsekvens av dette vil det heller ikke i særlig grad oppstå tvister knyttet til lovligheten av tilsigelsesavtaler når tilkalling skjer for å imøtegå slike kortvarige behov.

4.2.2 Aml. § 14-9 (1) bokstav b); "vikarer"

Avgjørende for om det er aml. § 14-9 bokstav a) eller b) som regulerer forholdet er hva som anføres som begrunnelse for bruk av tilkallingsvikar.²⁶ Dersom det er for å

²⁶ Se punkt 4.1

avhjelpe fravær blant den faste arbeidsstokken vil lovligheten vurderes i forhold til aml. § 14-9 (1) bokstav b).

Etter ordlyden i aml. § 14-9 (1) bokstav b) kan det inngås tidsbegrenset arbeidsavtale for arbeid ”i stedet for en eller andre”. Etter ordlyden kan det følgelig inngås tilsigelsesavtaler som i formen er faste og avtaler som fastslår at hver tilkalling er et midlertidig arbeidsforhold.

En naturlig forståelse av ordlyden er at arbeidstakeren arbeider for å dekke opp fravær blant den faste arbeidsstokken. Den tradisjonelle forståelsen av vikarbegrepet er at en vikar skal dekke en bestemt persons fravær. I Rt. 1989. s. 1116 uttales det at hvorvidt en bestemt person navngis ”ikke ubetinget” har betydning for om vikariatet er reelt eller ikke. Disse uttalelsene får støtte i RG 1999 s. 1306 som viser til forarbeidene til endringsloven av 1995. Av nevnte forarbeider følger det at en vikar etter normal språkbruk ”skal fylle bestemte arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling, ved fravær av andre arbeidstakere”, men at det likevel ikke er ”ubetinget avgjørende at navnet på den personen man vikarierer for eller varigheten av vikariatet, er oppgitt på forhånd.”²⁷ Lignende resonnement følger av RG 1996 s. 1495 hvor det uttales at det ikke er et ”vilkår for å foreta ansettelse i et vikariat at den som ansettes får beskjed om hvem man vikarierer for”.

Av uttalelsene i Rt. 1989 s. 1116 kan man i alle fall slutte at det i utgangspunktet er mulig å lovlig benytte seg av vikarer selv om ikke personen arbeidstaker vikarierer for navngis. Samtidig ligger det i formuleringen at om det kan påvises at vikaren erstatter en konkret person, vil dette ha betydning for vikariatets lovlighet. Selvsagt er det under enhver omstendighet er det ikke tilstrekkelig ”at man benevner en person som vikar”.²⁸ Førstvoterende problematiserer imidlertid ikke dette ytterligere, og går følgelig ikke inn

²⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) på s. 165

²⁸ Rt. 1989 s. 1116 på s. 1120

på spørsmålene knyttet til når det vil være adgang til å bruke vikarer uten at vikariatet knyttes opp til en bestemt persons fravær.

Hvis man ser nærmere på bestemmelsens ordlyd kan også denne tyde på at vikariatets lovlighet ikke nødvendigvis avhenger av om det knyttes til konkrete ansatte, jf. formuleringen ”i stedet for en annen eller andre”. Etter ordlyden sammenholdt med førstvoterendes uttalelser i Rt. 1989 s. 1116 vil det altså være mulig å tilkalle vikarer for å dekke også et uspesifisert fravær i bedriften.

Spørsmålet blir dog om aml. § 14-9 (1) bokstav b, til tross for et reelt fravær hos bedriften, oppstiller visse skranker for bruken av tilkallingsvikarer.

I forbindelse med vikariater vises det i forarbeidene til arbeidsmiljølovens § 14-9 til drøftelsen i Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165.²⁹

Det følger av nevnte forarbeider at adgangen til å benytte seg av vikarer må være underlagt visse begrensninger. Eksempelvis nevnes at det ikke fortløpende kan inngås kortvarige vikaravtaler for å dekke et konstant og forutsigbart behov for arbeidskraft.³⁰

Vikarbestemmelsens forhold til tilkallingsvikarer var oppe til behandling i både Rt. 1989 s. 1116 og Rt. 2006 s. 1158. I sakene var det henholdsvis daværende arbeidsmiljølovs § 58 nr. 7 og § 58 A nr.1 bokstav b) som ble anvendt³¹. Som det framgår av førstvoterendes resonnement i ambulansearbeider-saken³² ville løsningen bli den samme også etter § 14-9 i den nye arbeidsmiljøloven. I forarbeidene til aml. § 14-9 (1) bokstav b)³³ uttales det også at bestemmelsen er en videreføring av § 58 A nr. 1

²⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 331

³⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 165

³¹ Dette er samme bestemmelse, men på grunn av lovendring ble nummereringen endret.

³² Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (34)

³³ I forarbeidene omtalt som bokstav a) – endret til bokstav b) ved lov av 21. desember 2005 nr. 121

bokstav b) og at den nye formuleringen ikke innebærer realitetsendring.³⁴ Praksis knyttet til den gamle arbeidsmiljøloven vil således være relevant også etter den nye lovens § 14-9.

4.2.3 Rt. 1989 s. 1116.

Twisten i Rt. 1989 s. 1116 sto mellom Synnøve Andreassen og SAS Service Partner, Offshore- og Industrial Catering A/S. Saksforholdet var at Synnøve Andreassen over en periode på to og et halvt år hadde vikariert som servicearbeider på Statfjordfeltet. Det hadde blitt inngått vikaravtaler for hver gang hun var ute på feltet. Det var på det rene at tilkallingene i det vesentlige samsvarte med den skiftordningen som gjaldt for de fast ansatte.

Synnøve Andreassen hadde fra 1. november til hun ble fast ansatt 12. juni 1981 gjennomført 20 vikariater fordelt ut over denne perioden, med unntak av høsten 1980 hvor hun ikke kunne jobbe på grunn av sykdom.

Andreassen krevde fullbyrdelsesdom for et krav tilsvarende differansen mellom den lønn hun hadde fått utbetalt og det som var tariffestet lønn for faste servicearbeidere. I den forbindelse måtte retten ta stilling til om den midlertidige arbeidsavtalen var gyldig. Høyesterett måtte altså ta stilling til om vilkårene for midlertidig ansettelse i daværende aml. § 58 nr. 7 var oppfylt.

Som nevnt ovenfor følger det av forarbeidene at det ikke kan inngås kortvarige vikaravtaler for å dekke et generelt og fast vikarbehov. Bedriften hadde i utgangspunktet tilstrekkelig antall fast ansatte til å betjene arbeidet i Nordsjøen. Dette var imidlertid under forutsetning at det ikke var fravær blant den faste arbeidsstokken.

³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på s. 331

At bedriften i utgangspunktet hadde tilstrekkelig bemanning kan tale for at det adgang til å inngå vikaravtaler i tilfelle fravær, men som framholdt av førstvoterende vil det ikke ”uten videre være tilstrekkelig til å konstatere at vikarordningen var lovlig”.³⁵ At virksomheten i perioder uten fravær har tilstrekkelig grunnbemanning medfører altså ikke automatisk at virksomheten kan knytte til seg vikarer.

Som førstvoterende påpeker var også behovet for vikarer stort og forutsigbart, samtidig som offshorevirksomheten ikke er så særegen at det kan begrunne en videre adgang til å inngå vikaravtaler. Dette talte mot at vikaravtalene var lovlige.

I samme retning trekker også det at det var forventet at Synnøve Andreassen reiste ut i Nordsjøen ”på korteste varsel”.³⁶ Synnøve Andreassen var imidlertid ikke forpliktet etter avtalen til å reise ut på korteste varsel, men ettersom ikke enhver person på kort varsel kan stille som vikar da det stilles visse krav til sikkerhetskurs og lignende sertifisering, bygget bedriften på en forventning om at hun ville reise ut i Nordsjøen. Dette innebærer at arbeidsforholdet for Synnøve Andreassens del atskilte seg i stor grad fra vikaravtaler slik de fungerer i andre bransjer, hvor det helt og holdent er opp til vikaren å avgjøre om han skal takke ja til forespørsel om arbeid.

Når det foreligger en begrunnet forventning om at vikaren takker ja til forespørselen vil vikaren etter hvert kunne føle seg forpliktet til å ta i mot tilkallingen av frykt for at han i framtiden ikke vil bli tilkalt, eller bli tilkalt i mindre omfang, dersom han takker nei til arbeid.

At det forventes at vikaren reiser ut på korteste varsel fører følgelig til at ansettelsesforholdet bærer mer preg av å være et fast ansettelsesforhold hvor vikaren føler seg forpliktet til å arbeide, men uten at det formelt sett foreligger noen arbeidsplikt. I samme retning trekker det faktum at Synnøve Andreassen i det vesentlige

³⁵ Rt. 1989 s. 1116 på s. 1121

³⁶ Rt. 1989 s. 1116 på s. 1121

utførte arbeidet i samsvar med den skiftordningen som gjaldt for de faste ansatte, men hvileperiode med lønn på land etter hver periode på plattformen.

At Synnøve Andreassens ansettelsesforhold på mange måter bærer preg av å være fast utløser de hensynene som ligger bak reglene om stillingsvern. Reglene om midlertidig ansettelse innebærer vesentlig mindre grad av sikkerhet for arbeid og således lønn, enn det som følger av arbeidsmiljølovens regler om blant annet oppsigelse. I Synnøve Andreassens tilfelle kom derfor Høyesterett fram til at det var ”best i tråd med intensjonene i arbeidsmiljøloven” at hun var blitt regnet som fast ansatt, og at vikarordningen som for henne ble praktisert var i strid med arbeidsmiljøloven § 58 nr. 7.³⁷

4.2.4 Rt. 2006 s. 1158.

Rt. 2006 s. 1158 viderefører det som blir lagt til grunn som gjeldende rett i Rt. 1989 s. 1116, men går på enkelte områder lengre i å presisere det nærmere innholdet i vurderingen av lovligheten av tilkallingsvikarers arbeidsforhold.

Twisten gjaldt lovligheten av den vikarordningen som ble praktisert av Ullevål Universitetssykehus HF. Arbeidstakeren hevdet at ordningen slik den ble praktisert var i strid med arbeidsmiljøloven av 1977 § 58A nr. 1.

Saksøker hadde ikke fått medhold verken i tingretten eller lagmannsretten. Lagmannsretten la avgjørende vekt på at det var ”særegne forhold ved ambulansetjenesten” som tilsa en ”tilbakeholdenhet med å overprøve arbeidsgivers vurdering av hva som er mulig og hensiktsmessig med hensyn til vikarbruk”.³⁸

³⁷ Rt. 1989 s. 1116 på s. 1121

³⁸ LB-2005-26146

Arbeidsavtalen bestemte at arbeidstakeren var ansatt som ”vikar/tilkallingshjelp med sporadisk tjenestegjøring/ubestemt arbeidstid”.³⁹ Det fulgte videre av avtalen at hver vakt ”er å anse som en tidsbegrenset arbeidsavtale som opphører når den/de avtalte vakt(er) er avsluttet, jfr. arbeidsmiljøloven § 58A”

Arbeidstakeren arbeidet fra april/mai 2001 til 13. februar 2003 i gjennomsnitt 44 % av fast stilling.

Som nevnt bygger Rt. 2006 s. 1158 videre på Rt. 1989 s. 1116 og legger til grunn det som blir uttalt i saken fra 1989 om at bedriften ikke kan dekke et generelt, stort vikarbehov ved å inngå kortvarige vikaravtaler.⁴⁰ Samtidig framholdes det at utgangspunktet er at virksomheten som utgangspunkt har en viss adgang til å utøve skjønn i valget mellom å øke antall fast ansatte eller dekke behovet for arbeidskraft gjennom bruk av vikarer.⁴¹

Når det gjelder den konkrete vurderingen av om en vikarordning er ulovlig tilnærmer imidlertid Høyesterett seg saken på en noe annerledes måte.

Førstvoterende deler vurderingen i to og sier at vurderingen har en side til bedriftens behov – ”et fast arbeidskraftbehov skal ikke dekkes ved vikariater”.⁴² At et fast behov for arbeidskraft dekkes gjennom bruk av vikarer er etter førstvoterendes ikke i seg selv nok til å konstatere strid med arbeidsmiljøloven. Ved vurderingen må man også se på om den aktuelle ansatte ”ha[r] en tilstrekkelig fast tilknytning til bedriften for å kunne kreve fast ansettelse”.⁴³

³⁹ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (2)

⁴⁰ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (38)

⁴¹ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (41)

⁴² Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (39)

⁴³ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (39)

Ved å splitte vurderingen opp i disse to delene får man fram dynamikken i reglene; stillingsvernsreglene skal ikke kunne omgås ved at bedrifter dekker et fast behov for arbeidskraft gjennom midlertidig ansettelse, samtidig som det er lovligheten av en konkret vikaravtale som må vurderes. Selv om bedriften har et generelt, stort arbeidskraftsbehov er det ikke gitt at det aldri vil være adgang for bedriften til lovlig å inngå vikaravtaler. I lys av dette er det naturlig å slutte at det som oftest vil være de langvarige vikariatene som i hovedsak vil reise problemer i forhold til reglene om midlertidig ansettelse.

Det påpekes også av førstvoterende at heller ikke en bransjes særegenhet uten videre kan begrunne en videre adgang til bruk av vikartjenester.⁴⁴ Dette er i samsvar med det som ble uttalt i Rt. 1989 s. 1116 om at virksomheten i Nordsjøen ikke var av en så særegen art at det måtte være en utvidet adgang til å benytte seg av vikarer.⁴⁵

I motsatt retning kan dog anføres Eidsivating lagmannsretts dom av 28. oktober 2005.⁴⁶ Rasjonalisering av Posten Norge AS sin virksomhet ved Kongsvinger omdeling førte til oppsigelser. Kjernen i saken var om ikke de oppsagte kunne omplasseres til andre stillinger i virksomheten. Ved Kongsvinger omdeling var det på den tiden, selv i de månedene med lavest fravær, bruk av vikarer og overtidarbeid tilsvarende minst to faste stillinger på 100 %.

Spørsmålet var da om ikke dette underskuddet på arbeidskraft heller burde dekkes inn ved faste ansatte. Dommen ble avsagt før Rt. 2006 s. 1158 og siden den i utgangspunktet gjaldt et annet spørsmål kan den kun tillegges begrenset vekt.

⁴⁴ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (42)

⁴⁵ Rt. 1989 s. 1116 på s. 1121

⁴⁶ LE-2004-102906

Lagmannsrettens flertall mente at behovet for arbeidskraft ved Kongsvinger omdeling var så varierende på grunn av ”varierende postmengde og skiftende forhold” at dette begrunnet å komme til et annet resultat enn hva de gjorde i Rt. 1989 s. 1116.⁴⁷

At varierende arbeidsmengde og skiftende forhold kan begrunne bruk av kortvarige vikaravtaler er i og for seg riktig; en vesentlig del av begrunnelsen for adgangen til midlertidig ansettelse er nettopp å kunne hente inn ekstra arbeidskraft for å dekke et uvanlig høyt behov for arbeidskraft. Men som det framgår av både Rt. 1989 s. 1116 og Rt. 2006 s. 1158 kan ikke det *faste* behovet for arbeidskraft dekkes inn ved bruk av kortvarige vikaravtaler.

Ved Kongsvinger omdeling tilsvarte bemanningsunderskuddet alltid minst to faste ansatte i full stilling. Avgjørelsen ble anket, men ble nektet fremmet etter tvistemålsloven § 373 (2) nr. 4. Som framholdt av Dalheim⁴⁸ synes lagmannsrettens flertall her å ha innvilget bedriftene en litt for stor frihet i forhold til bruk av vikarer for å dekke arbeidskraftsbehov, og det kan reises spørsmål om lagmannsretten ville kommet til samme resultat også etter avgjørelsen i Rt. 2006 s. 1158.

4.2.5 Sammenfatning: aml. § 14-9 (1) bokstav a) og b)

Hvilken bestemmelse som regulerer de ulike arbeidsforhold følger av omstendighetene rundt tilkallingen. Arbeidsmiljølovens § 14-9 (1) bokstav b) anvendes hvis arbeidstakeren tilkalles for å dekke arbeidskraftsbehov som oppstår på grunn av fravær. Bokstav a) er ment å regulere sesongarbeid og virksomheter som har uvanlig høyt behov for arbeidskraft i visse perioder.

⁴⁷ LE-2004-102906

⁴⁸ Dalheim, på s. 252

Begrensninger i adgangen til å bruke tilkallingsvikarer følger ikke direkte av ordlyden. I forarbeidene er det imidlertid klart forutsatt at adgangen til å inngå vikaravtaler må begrenses.⁴⁹ I forarbeidene uttales det særlig at det ikke er meningen at bestemmelsen skal åpne for å inngå flere kortvarige vikaravtaler for å dekke et konstant og forutsigbart behov for arbeidskraft. Et slikt behov skal som utgangspunkt dekkes av faste ansatte.

I Rt. 1989 s. 1116 stadfestes uttalelsen i forarbeidene om at virksomheter ikke kan dekke et generelt, stort vikarbehov ved utstrakt bruk av kortvarige vikaravtaler.⁵⁰ En slik begrensning ble også lagt til grunn i Rt. 2006 s. 1158.⁵¹ Denne avgjørelsen går imidlertid lenger når det gjelder å avklare det nærmere innhold i begrensningene.

Etter Rt. 2006 s. 1158 må det i forhold til tilsigelsesavtalene foretas to vurderinger.⁵² Først må man se på virksomhetens behov for ekstra arbeidskraft og om dette er varierende eller om det er relativt fast, og man må deretter se på den konkrete vikarens tilknytning til virksomheten er av et omfang som tilsier at han burde vært ansett som en fast ansatt.

Slik denne vurderingen skisseres av førstvoterende er dette to kumulative vilkår som må være oppfylt for at den konkrete vikaravtalen skal settes til side.

Tilsigelsesavtaler vil ofte inngås nettopp med virksomheter som ofte har behov for vikarer. Om behovet for vikarer er stort eller lite er i seg selv ikke avgjørende for lovligheten av vikaravtalen.

Hvis fravær hos virksomheten alltid nødvendiggjør bruk av kortvarige vikariater, og dette fraværet er påregnelig, skal det imidlertid mye til før slike vikarordninger kan godtas. Det er nettopp denne typen vikarordninger loven har til hensikt å begrense. Det

⁴⁹ Ot.prp. nr. 49 (1993-1994) s. 165

⁵⁰ Rt. 1989 s. 1116 på s. 1121

⁵¹ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (38)

⁵² Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (39)

er, som framholdt av Dalheim,⁵³ hvor påregnelig fraværets omfang er, som er det sentrale.

Når det gjelder hvor stabilt og forutberegnelig fraværet er så kan det også reises spørsmål om hvilke kriterier fraværet må vurderes etter. Skal fraværet måles for virksomheten sett under ett eller må man se nyansere i forhold til hvilke arbeidstakere fraværet gjelder dersom virksomheten er satt sammen av arbeidstakere med ulik kompetanse?

Etter min mening kan man ikke uten videre legge til grunn at det er situasjonen sett under ett som er avgjørende. Dersom arbeidstakerne ved virksomheten utgjør en homogen gruppe, altså at de utfører lignende oppgaver og stort sett har de samme kvalifikasjoner, vil det være naturlig å se på virksomheten under ett. Dette kan for eksempel være situasjonen i en dagligvarebutikk. Arbeidstakernes funksjoner er der i hovedsak knyttet til betjening av kassen og lagerarbeid. Annerledes vil det kunne stille seg dersom virksomheten er sammensatt av flere spesialiserte enheter hvor fraværet for hver enhet er ustabil og av varierende omfang, mens det for virksomheten sett under ett kan påvises et stabilt fravær. Her vil det blant annet være av betydning om det kreves særskilt kompetanse for å utføre arbeid innen de forskjellige enhetene. Dersom dette er tilfelle vil man ikke kunne si at virksomheten har en reell mulighet til å avhjelpe situasjonen ved å øke antall fast ansatte. Virksomhetens fravær kan ikke avhjelpes uten at dette innebærer overbemanninger for hver enkelt enhet. Man kan ikke forvente at et legekontor skal øke antall fast ansatte allmennleger for å avhjelpe et fravær som kun når man ser det samlet for leger, sykepleiere og kontorpersonale framtrer som stabilt og forutberegnelig.

Dersom behovet for vikarer er tilstrekkelig fast og stort til at det ikke er adgang til å dekke det ved kortvarige vikariater vil gyldigheten av en tilsigelsesavtale avhenge av hvor sterk tilknytning den konkrete tilkallingsvikaren har til virksomheten. At det er et

⁵³ Dalheim, på s. 253

generelt, stort behov utelukker ikke at tilkallingsvikarer kan benyttes for å dekke spesifiserte ansattes fravær, men dersom tilkallingsvikaren brukes for å dekke det generelle behovet vil dette være i strid med loven.

Spørsmålet om hvor sterk tilknytning en tilkallingsvikar eller ekstrahjelp må ha før han anses som fast ansatt lar seg vanskelig besvare generelt. Av de nevnte avgjørelser kan man imidlertid slutte at forholdet må undergis en konkret vurdering, og avgjørelsene fastslår hvilke momenter som er av betydning for vurderingen.

Hyppigheten og omfanget av tilkallingene vil være sentrale momenter ved vurderingen. Samtidig vil det være av betydning om arbeidsoppgavene til tilkallingsvikaren avviker fra de faste ansattes oppgaver. Jo større regelmessighet i tilkallingene, arbeidstid og arbeidsoppgaver jo større grunn til å anse tilsigelsesavtalen som ulovlig. Dette stabilitetsmomentet ble også fremhevet i avgjørelsen inntatt i NAD 1986 s. 935. Saksøker hadde her arbeidet som vikar etter tilkalling på et serveringssted og spørsmålet for retten var om arbeidsforholdet hadde endret karakter, slik at saksøker nå måtte anses som fast ansatt ved virksomheten. Avtaleforholdet mellom partene var uoversiktlig og retten la dermed avgjørende vekt på at saksøker nå ble ”ført opp som en av de 4 som hadde faste rullerende vakter”.

Tilkallingenes hyppighet ble også vektlagt i en sak fra Nordmøre Herredsrett hvor det ble uttalt at ”hyppigheten av de enkelte vikariater gjør også påstanden om en serie påbegynte og avsluttede uavhengige arbeidsforhold, svært kunstig”.⁵⁴

Stabilitetsmomentet var også sentralt i avgjørelsen inntatt i Rt. 1968 s. 725. Spørsmålet i saken var om saksøker måtte anses som ”arbeidstaker” i forhold til dagjeldende ferielovs § 1. Som avgjørende argument for å anse saksøker som arbeidstaker var det at

⁵⁴ RG 1980 s. 651 på s. 656

”det har dreiet seg om et fast og varig arbeidsforhold av ikke ubetydelig omfang, og et regelmessig utført arbeid”.⁵⁵

I samme retning kan også anføres Rt. 1997 s. 277 (Norges Varemesse) som bekrefter at stabilitetsmomentet er sentralt. Arbeidstakerne som gikk til søksmål hadde etter tilkalling utført arbeid i forbindelse med ulike varemesser. Etter hvert utviklet arbeidsforholdet seg slik at frammøte til hver varemesse skjedde uten forutgående tilkalling, og arbeidstakerne mente at arbeidsforholdet måtte avsluttes etter de alminnelige regler og ikke etter de regler som gjaldt i forhold til midlertidig ansatte. Høyesteretts kjæremålsutvalg slo fast at lagmannsretten hadde bygget på en riktig forståelse av aml. § 58 A når de la til grunn at arbeidsforholdet måtte avsluttes etter de alminnelige regler om oppsigelse av fast ansatte. Sentralt i lagmannsrettens argumentasjon var at ”frammøte til hvert enkelt messearrangement har skjedd uten særskilt innkalling”, selv om de rettslig sett ikke var forpliktet til å møte. Samtidig ble det lagt vekt på ”varigheten av arbeidet, arbeidets art” og at ”det arbeid saksøkerne har utført må anses som å ligge innenfor NVs forretningsmessige kjerneområde”.⁵⁶

Kjæremålsutvalgets resonnement i denne avgjørelsen reiser to spørsmål.

For det første oppstår det et spørsmål om en plikt for arbeidstaker til å utføre arbeid har et relevant moment i forhold til om arbeidstaker har tilstrekkelig tilknytning til virksomheten til å kunne kreve fast ansettelse.

De ansatte ved Norges Varemesse var ikke forpliktet til å møte til arbeid etter avtalen. Slik arbeidsforholdet ble praktisert ble det imidlertid lagt til grunn at de ansatte følte seg forpliktet til utføre arbeidet og at dette må ”ha vært vurdert på omlag samme måte” av

⁵⁵ Rt. 1968 s. 725 på s. 726

⁵⁶ Rt. 1997 s. 277 på s. 279

arbeidsgiver.⁵⁷ Lignende ble også lagt til grunn i Rt.1989 s. 1116 hvor det ble forventet at arbeidstaker reiste ut i Nordsjøen ”på korteste varsel”.⁵⁸

Dette har imidlertid ikke blitt gjort til hovedpoeng i noen av avgjørelsene, og hvorvidt det foreligger en slik forpliktelse har heller ikke vært sentralt i andre avgjørelser. Det har heller ikke blitt drøftet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven. I forbindelse med dette uttaler Jakhelln at det sentrale må være om ”den fornødne kontinuitet foreligger”, og ser ingen grunn til å til å legge avgjørende vekt på hvorfor denne kontinuiteten foreligger.⁵⁹ Hensynene som ligger bak begrensningene i adgangen til midlertidig ansettelse støtter en slik forståelse.

Bak kravet om at den midlertidig ansatte må ha tilstrekkelig tilknytning til virksomheten for å kunne kreve fast ansettelse ligger det at en arbeidstaker som jevnlig har utført arbeid av et visst omfang og av noenlunde samme type i en virksomhet vil utløse hensynene bak stillingsvernsreglene. Det vil derfor ikke være naturlig å legge avgjørende vekt på om arbeidstaker utfører arbeidet fordi han etter rettsforholdet mellom seg og arbeidsgiver er forpliktet til dette eller fordi han selv har interesse av å arbeide mest mulig. Det avgjørende må være om arbeidsforholdet slik det praktiseres innebærer at arbeidstaker har den nødvendige tilknytningen til virksomheten, og en eventuell plikt til å møte vil i så fall kun være et moment som taler for at tilstrekkelig tilknytning foreligger.

Et annet spørsmål oppstår også i kjølvannet av Rt. 1997 s. 277, hvor Høyesteretts kjærmålsutvalg uttaler at det var riktig av lagmannsretten å trekke inn ”varigheten av arbeidet” som et moment ved vurderingen.⁶⁰ Spørsmålet blir da hva som er det nærmere innholdet i et slikt moment og hvilken betydning det vil ha ved vurderingen av om arbeidstakeren har tilstrekkelig tilknytning.

⁵⁷ Rt. 1997 s. 277 på s. 279

⁵⁸ Rt. 1989 s. 1116 på s. 1121

⁵⁹ Jakhelln, på s. 251

⁶⁰ Rt. 1997 s. 277 på s. 279

At vikaren over lang tid har vært tilknyttet en virksomhet kan ikke i seg selv tilsi at tilknytningen er tilstrekkelig sterk til at han burde vært ansett som fast ansatt. Hvis det er snakk om begrenset antall vikariater med svært ujevne mellomrom og ulik varighet over en lang tidsperiode vil det gi liten mening å si at tilknytningen er tilstrekkelig sterk. Avgjørende må være om vikarens arbeidsforhold, i den perioden han er ved virksomheten, framtrer som et fast arbeidsforhold. Som nevnt ovenfor vil følgelig hyppigheten og omfanget av vikariatene følgelig ha mer å si enn selve varigheten av vikariatene. En slik forståelse blir lagt til grunn i Frostating lagmannsretts dom av 29. oktober 1999,⁶¹ hvor det uttales at tidsfaktoren i hovedsak vil ha betydning som bevis. Vurderingen vil selvsagt bli enklere dersom man kan se på tilknytningen over en periode på noen år kontra det som var tilfelle i Rt. 2005 s. 826.

At tidsfaktoren ikke er avgjørende for om tilknytningen er tilstrekkelig fast synes også å ha vært lagt til grunn i Rt. 2005 s. 826 hvor arbeidstakeren kun hadde vært tilknyttet virksomheten i 11 måneder, med i overkant av en måneds ferie om sommeren i tillegg til påsken. Samtidig må det antas at de rent kortvarige og enkeltstående vikariatene aldri vil kunne innebære en slik tilknytning at arbeidstakeren bør anses som fast ansatt. De hensynene som ligger bak stillingsvernsreglene, og begrensningene i adgangen til å inngå midlertidige arbeidsavtaler, vil ikke gjøre seg gjeldende for disse forholdene. Varigheten av arbeidsforholdet vil etter dette først og fremst kunne gjøre den konkrete vurderingen av om tilstrekkelig tilknytning foreligger lettere ettersom man vil få bedre oversikt over hvordan arbeidsforholdet har blitt praktisert.

I debatten rundt tilkallingsvikarenes situasjon har blant annet LO uttrykt skepsis til det krav Høyesteretts har stilt opp om at arbeidstakeren må ha en tilstrekkelig tilknytning til virksomheten for å kunne kreve fast ansettelse.

⁶¹ LF-1999-508

Det har fra LO-hold blitt hevdet at det bør være tilstrekkelig at det er snakk om en ulovlig situasjon.

Dersom man skulle se bort fra kravet om tilknytning ville man etter min mening mer effektivt ulovlig bruk av tilsigelsesavtaler og midlertidige ansettelser. Arbeidsgiver ville da ha fått en sterkere oppfordring til å vurdere sitt eget arbeidskraftsbehov og om dette faktisk kan begrunne bruk av tilkallingsvikarer da ulovlig bruk vil medføre at arbeidstakeren kan kreve fast ansettelse.

På den annen side må det ses hen til de hensyn Høyesterett begrunner sin avgjørelse i. Det er først og fremst for arbeidstakere som har en sterk tilknytning til virksomheten at det oppstår en risiko for omgåelse av lovens regler om stillingsvern. Arbeidstakere som ikke har en slik tilknytning vil ikke ha samme forventning om arbeid og følgelig lønn av et visst omfang, og det vil ikke framstå som naturlig at disse blir betraktet som fast ansatte.

Det må i denne forbindelse også pekes på konsekvensene for den virksomheten som ulovlig benytter seg av tilkallingsvikarer. Dersom tre tilkallingsvikarer i ulike perioder har dekket et stabilt fravær som tilsier at en bedrift burde økt grunnbemanningen med én ansatt, vil en slik forståelse medføre at alle de tre tilkallingsvikarene kan kreve fast ansettelse. Det er helt klart at ikke alle tre skal kunne kreve fast ansettelse med en stillingsprosent som tilsvarer det samlede arbeidskraftsbehovet de har dekket. Dette ville for virksomhetens vedkommende kunne være umulig å takle rent økonomisk og vil kunne føre til at det blir nødvendig med nedskjæringer. Stillingsprosenten må i så fall tilpasses slik at hver enkelt gis en stillingsprosent som tilsvarer den andel av den faste behovet han over den aktuelle tidsperioden har dekket. Dette kan føre til at stillingsprosenten for arbeidstakerne blir kunstig lav. Det avgjørende må imidlertid være at det først er når arbeidstakeren har en sterk tilknytning til virksomheten at hensynene bak begrensningene i adgangen til midlertidig ansettelse gjør seg gjeldende. Høyesteretts krav om tilknytning må følgelig sies å være godt begrunnet.

Etter dette må det avgjørende i forhold til spørsmålet om arbeidstakeren har tilstrekkelig tilknytning til virksomheten være om arbeidsforholdet slik det ble praktisert bar preg av å være så fast og omfattende at hensynene bak stillingsvernsreglene utløses, og at det følgelig blir naturlig å anvende disse reglene på arbeidsforholdet.⁶²

4.2.6 Min vurdering

Spørsmålet blir da om et på bakgrunn av det som er sagt under punkt 4.2 er mulig å oppstille en generell regel, eller i alle fall noen avgjørende kriterier, i forhold til når tilsigelsesavtaler vil være i strid med aml. § 14-9.

En slik generell regel for tilsigelsesavtalene må gjelde uavhengig av om arbeidstakeren har blitt tilkalt for å være vikar eller om arbeidsgiver hevder det foreligger et midlertidig, ekstraordinært behov for arbeidskraft som nødvendiggjør bruk av tilkallingshjelp. Reguleringen må derfor etter min mening naturligvis ta utgangspunkt i både aml. § 14-9 (1) bokstav a) og bokstav b).

Etter min mening må kjernen i en slik regulering være om arbeidstakeren dekker et permanent og forutsigbart arbeidskraftsbehov. Dette kommer da også klart til uttrykk i Rt. 2006 s. 1158.⁶³ I dette ligger det at det må foreligge et reelt behov som tilsier bruk av midlertidig ansettelse framfor å utvide antall faste ansatte. Om dette er tilfelle må bero på en konkret vurdering av de foreliggende forhold. Utgangspunktet her må etter mitt skjønn tas i hyppigheten og regelmessigheten av tilkallingene. Et stabilt og forutberegnelig behov vil tale for at arbeidsgiver bør dekke behovet ved å øke antallet faste ansatte og heller tilpasse stillingsprosenten for disse til det behovet for arbeidskraft virksomheten har.

⁶² Se også Dalheim på s. 258

⁶³ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (39)

Ved vurderingen vil det følgelig være av betydning hvorvidt behovet for arbeidskraft er uventet, eller om omfanget av dette er vesentlig større enn de normale svingningene skulle tilsi.

Til grunn for vurderingen ligger hele tiden det at begrensningene i adgangen til midlertidig ansettelse er begrunnet i faren for omgåelse av stillingsvernet. Slik jeg ser det må behovet være av en slik art at det objektivt sett vil være urealistisk å forvente at arbeidsgiver skal kunne dekke det ved å utvide antall faste ansatte.

For at en tilsigelsesavtale skal være i strid med aml. § 14-9 må det etter Rt. 2006 s. 1158 også stilles et krav om at den aktuelle arbeidstakeren har en slik tilknytning til virksomheten at det er naturlig å anse han som fast ansatt.⁶⁴ Også her må det foretas en konkret vurdering av hvordan arbeidsforholdet praktiseres. Dersom arbeidstakeren etter forholdene i praksis fremstår som fast ansatt vil avtalen være i strid med aml. § 14-9. Sentrale momenter vil i denne forbindelse være regelmessigheten i tilkallingene og hvorvidt arbeidsoppgaver og arbeidstid skiller seg fra det som vanligvis utføres ved virksomheten. I både Rt. 1989 s. 1116 og NAD 1986 s. 935 har det at fulgte samme skiftordning som de faste ansatte ved virksomheten blitt tillagt stor vekt.

Det avgjørende er, slik jeg ser det, om arbeidstakeren etter en samlet vurdering reelt sett framstår som en fast ansatt, og om det vil være i strid med hensynene bak aml. § 14-9 at arbeidstakeren ikke gis det stillingsvern loven oppstiller for faste ansatte.

4.2.7 Kan faste tilsigelsesavtaler gå klar av vilkårene i aml. § 14-9?

Tradisjonelt sett har tilsigelsesavtaler blitt inngått som avtaler om fast ansettelse. Det vil si at arbeidstaker i prinsippet skal anses som fast ansatt, men at arbeidstid og arbeidsomfang vil variere, avhengig av arbeidsgivers behov.

⁶⁴ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (39)

Som nevnt innledningsvis er det mange grunner som gjør det nødvendig å begrense adgangen til å inngå slike avtaler. En slik arbeidsavtale er, til tross for at den i formen er fast, en åpen avtale. Med åpen mener jeg at det er opp til arbeidsgiver å presisere det nærmere innhold med tanke på arbeidstid og arbeidsmengde. Arbeidstaker er ikke garantert noe arbeid, og dermed heller ingen lønn. Arbeidstakeren vil følgelig være mer utsatt for sosiale vanskeligheter, blant annet vil det være vanskeligere å opprettholde en stabil privatøkonomi og for å nevne noe vil muligheten for å få banklån være vesentlig lavere.

Denne typen avtaler representerer også en nærliggende fare for omgåelse av stillingsvernsreglene. Selv om lovens oppsigelsesfrister gjelder for arbeidstakeren vil denne bli av rent teoretisk interesse all den tid arbeidsgiver i praksis kan avslutte arbeidsforholdet på dagen, eksempelvis ved å ikke lengre tilby arbeid.

Heller ikke de faste tilsigelsesavtalene er ikke lovregulert og spørsmålet blir da hvordan disse avtalene skal reguleres rettslig.

Spørsmålet var oppe til behandling i en avgjørelse inntatt i Rt. 2005 s. 826.

Arbeidstakeren hadde der inngått en arbeidsavtale med Kjell Braaten AS, et firma som leverte varer til dagligvarehandelen. Etter avtalen var arbeidstakeren å anse som fast ansatt, men arbeidstiden og arbeidsomfanget var ikke fastsatt, da dette skulle avhenge av arbeidsgivers behov.

Arbeidstakeren tiltrådte stillingen som ekstrahjelp på lageret 1. desember 2001 og arbeidet stort sett hver dag fram til 12. november 2002. Arbeidstakeren hadde fri påsken 2002, hele juli 2002 og én uke i august 2002. Etter å ha påpekt klanderverdige forhold ved arbeidsmiljøet ble arbeidstakeren bedt om å forlate arbeidsplassen og fikk ikke flere tilbud om arbeid. Følgelig ble også oppsigelsestiden uten betydning for arbeidstakeren.

Arbeidstakeren reiste sak mot Kjell Braaten AS og krevde erstatning på grunnlag av ulovlig midlertidig ansettelse, urettmessig avskjed og etter ulovfestede erstatningsregler, men vant ikke fram i tingretten. For lagmannsretten var spørsmålet begrenset til om han hadde vært ansatt i strid med aml. § 58 A, og om dette utløste krav på erstatning etter samme bestemmelses nr. 4. Arbeidstaker fikk medhold i lagmannsretten, men Braaten anket saken til Høyesterett. Braaten vedgikk at vilkårene for midlertidig ansettelse ikke var oppfylt, men anførte at reglene om midlertidig ansettelse ikke fikk anvendelse fordi arbeidsforholdet var fast.

Hovedspørsmålet for Høyesterett var om arbeidsforholdet rettslig sett måtte anses som et midlertidig ansettelsesforhold eller som et fast ansettelsesforhold.

Førstvoterende for en enstemmig Høyesterett uttalte om arbeidsavtalen at den ut fra en ”ren ordfortolkning” falt utenfor anvendelsesområdet aml. § 58 A.⁶⁵ Avtalen inneholdt ingen klausuler som bergrenset ansettelsesforholdets varighet slik avtaler om midlertidig ansettelse gjør, og avtalen inneholdt også ”tilsynelatende et stillingsvern” gjennom at avtalen inneholdt en gjensidig oppsigelsesfrist på én måned.⁶⁶ Ordlyden tilsa altså at det var snakk om en fast ansettelse.

Spørsmålet Høyesterett stilte var derfor om arbeidsforholdet på tross av ordlyden i arbeidsavtalen måtte behandles etter reglene om midlertidig ansettelse.

Avtalen innholdt ingen bestemmelser om arbeidstid eller arbeidsmengde. Det var arbeidsgiver alene som skulle regulere dette innenfor rammene av avtalen. Høyesterett påpekte i den forbindelse at arbeidstakerens situasjon i realiteten var noe annet situasjonen en fast ansatt befinner seg i.

⁶⁵ Rt. 2005 s. 826 avsnitt (30)

⁶⁶ Rt. 2005 s. 826 avsnitt (27)

Begrunnelsen for lovens hovedregel om fast ansettelse er at arbeidstakere skal ha en viss trygghet for arbeid, lønn og et vern mot vilkårlige og usaklige oppsigelser. Denne tryggheten ”manglet helt”⁶⁷ ved den avtalen som var inngått mellom arbeidstaker og Kjell Braaten AS, blant annet ved at det stillingsvernet den gjensidige oppsigelsesfristen skulle sikre i realiteten var uten betydning,⁶⁸ og at arbeidstaker bare var gitt usikre utsikter til arbeid.

Etter dette kom Høyesterett til at avtalen slik den ble praktisert ”innebærer en omgåelse av arbeidsmiljølovens stramme regulering av adgangen til å avtale midlertidige ansettelsesforhold”.⁶⁹ Avtalen måtte derfor likestilles med en ulovlig avtale om midlertidig ansettelse.

Avgjørelsen reiser to spørsmål. For det første må det reises spørsmål om det etter dommen i det hele tatt er mulig å inngå faste tilsigelsesavtaler. Hvis dette spørsmålet besvares bekreftende blir spørsmålet hva som kreves for at en ”fast tilsigelsesavtale” skal gå klar av reglene i aml. § 14-9.

Førstvoterende uttaler i premissene at bruken av en slik ordning som arbeidsavtalen legger opp til ”i det enkelte tilfelle måtte vurderes i forhold til de grenser” som følger av reglene om midlertidig ansettelse.⁷⁰ Denne uttalelsen må dog leses på bakgrunn av sammenhengen, og kan ikke tas som uttrykk for rettstilstanden for tilsigelsesavtaler generelt. At Høyesterett i det hele tatt behandler spørsmålet om avtalen innebærer fast eller midlertidig ansettelse gir en klar indikasjon på at faste tilsigelsesavtaler kan inngås.⁷¹

⁶⁷ Rt. 2005 s. 826 avsnitt (30)

⁶⁸ Rt. 2005 s. 826 avsnitt (27)

⁶⁹ Rt. 2005 s. 826 avsnitt (30)

⁷⁰ Rt. 2005 s. 826 avsnitt (31)

⁷¹ Se også Evju på s. 4

Begrunnelsen for å anse avtalen som en avtale om midlertidig ansettelse var at den ga usikre utsikter til lønn og at stillingsvernet bare eksisterte ”på papiret”. Det vil dermed være naturlig å slutte at en tilsigelsesavtale som gir tilstrekkelig sikre utsikter til arbeid, og følgelig lønn, vil kunne gå klar av reglene om midlertidig ansettelse. Evju støtter tilsynelatende et slikt syn og uttaler at vurderingstemaet i så måte vil være om ”avtalen (slik den lyder) er tilstrekkelig bestemt eller ubestemt med hensyn til arbeidstagerens rett til arbeid og derved inntekt.”⁷²

En tilsigelsesavtale må derfor, etter min mening, følgelig være så klar og bestemt i forhold til arbeidstakers rettigheter og plikter at den ivaretar de hensyne som ligger bak lovens hovedregel om fast ansettelse og stillingsvernsreglene, for å gå klar av reglene om midlertidig ansettelse i aml. § 14-9.

Dersom en arbeidstaker i realiteten ikke har en tilstrekkelig sikkerhet for lønn og inntekt vil hensynene bak arbeidsmiljøloven ikke være ivaretatt selv om ansettelsen formelt sett er fast.

Etter dommen har særlig bruken av såkalte vikarpooler måtte revideres. En vikarpool består som regel av en liste med personer som utgjør en virksomhets arbeidskraftsreserve. Tradisjonelt har slike ordninger vært praktisert slik at de personene som utgjør vikarpoolen kun arbeider når det er særskilt behov for det og etter tilkalling fra arbeidsgiver. Det var eksempelvis en slik vikarordning saksøker i ambulansearbeidersaken var en del av.

Arbeidsavtalen oppfylte i den nevnte sak ikke arbeidsmiljølovens forutsatte krav til en avtale om fast ansettelse fordi den var for vag med hensyn til arbeidstakerens rett til arbeid og bare tilsynelatende innebar et stillingsvern.

⁷² Evju, på s. 4

Etter dette kan man slutte at arbeidsavtalen i det minste må oppfylle lovens krav til stillingsvern. Når det gjelder arbeidets omfang er det også klart at dette i en viss grad må spesifiseres. Dersom arbeidets omfang kun beror på arbeidsgivers behov vil lovens eller arbeidsavtalens oppsigelsesfrister uten videre omgås. I prinsippet vil enhver spesifisering av stillingsprosent være tilstrekkelig, men det vil imidlertid kunne stilles spørsmål om minimale stillingsprosent vil betraktes som en omgåelse av arbeidsmiljøloven. Særlig gjelder dette hvis arbeidsforholdet praktiseres på en slik måte at arbeidstaker tilkalles i stor grad utover dette.

Det kan også stilles spørsmål om det har noe å si for den rettslige vurderingen om det foreligger en plikt for arbeidstakeren til ta de oppdragene arbeidsgiver tilbyr.

Det kan argumenteres for en snevrere adgang til å inngå avtaler hvor arbeidstaker plikter å ta i mot de oppdrag som tilbys da dette vil medføre en arbeidsplikt uten en tilsvarende rett til arbeid. Situasjonen vil på én måte være lik den for fast ansatte ved at arbeidstaker er forpliktet til å utføre arbeid. På den annen side vil en slik avtale som kun medfører arbeid i den utstrekning arbeidsgiver har behov for det, mangle den sikkerhet for arbeid, og følgelig også for lønn, som en fast ansatt etter arbeidsmiljøloven må kunne forvente, ettersom det er usikkert når og i hvilken utstrekning arbeidstaker vil bli tilbudt arbeid.

Etter Jakhellns oppfatning er det i rettspraksis lagt til grunn at arbeidsgiver vil ha en forventning om at en arbeidstaker vil utføre de oppdrag han blir tilbudt.⁷³ Jakhelln mener at det i forhold til om arbeidstakeren har tilstrekkelig tilknytning til virksomheten til å kreve fast ansettelse ikke vil være av betydning om det foreligger en plikt til å ta i mot tilbudene om arbeid.⁷⁴ Etter min mening vil imidlertid dette ha betydning for om avtalen vil kunne gå klar av reglene om midlertidig ansettelse. Hensynene bak begrensningen til å ha ansatte på tidsbegrensede kontrakter er blant annet faren for

⁷³ Jakhelln, på s. 251

⁷⁴ Se ovenfor under punkt 4.2.5

omgåelse av det stillingsvern arbeidsmiljøloven oppstiller for faste ansatte. Videre er lønnet arbeid for folk flest er en livsnødvendighet, og en forutsetning for å oppnå visse sosiale goder som eksempelvis banklån. At arbeidsavtalene legger opp til en viss sikkerhet for lønn blir derfor sentralt.

Følgelig vil det etter min mening være et moment som taler mot at avtalen vil gå klar av reglene om midlertidig ansettelse at arbeidstaker har en plikt til å ta i mot tilbudet om arbeid dersom denne plikten ikke innebærer en tilsvarende rett. En slik avtale vil bare gi ”beskjeden sikkerhet for at han får arbeid og dermed lønnsinntekt” og vil også mangle ”den trygghet for arbeidstakeren som blant annet følger av arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern”.⁷⁵

I mange bransjer har det også før Rt. 2005 s. 826 blitt brukt arbeidsavtaler hvor arbeidstakeren er fast ansatt med en viss stillingsprosent og hvor arbeidstaker kan tilkalles utover dette. Særlig vanlig er dette blant annet i deler av offentlig sektor, særlig helsevesenet og i skoleverket. Slike avtaler er ikke i utgangspunktet problematisk i forhold til reglene om midlertidig ansettelse, men det kan selvsagt oppstå tvilstilfeller. Tvilstilfeller kan blant annet oppstå når arbeidsmengden, på grunn av omfanget av tilkallingene, over tid ikke samsvarer med det som er fastsatt i arbeidsavtalen.

4.3 Rettsvirkningene av at en avtale er inngått i strid med aml. § 14-9

Arbeidsmiljøloven § 14-9 fastslår at lovens utgangspunkt er fast ansettelse og at midlertidig ansettelse bare kan finne sted dersom lovens vilkår er oppfylt. Virkningen av at det er inngått en avtale om midlertidig ansettelse i strid med aml. § 14-9 følger av aml. § 14-11.

⁷⁵ Rt. 2005 s. 826 avsnitt (30)

Etter § 14-11 (1) skal retten etter påstand fra arbeidstaker avsi dom for at det ”foreligger et fast arbeidsforhold eller at arbeidsforholdet fortsetter”. Dette var rettstilstanden også før arbeidsmiljøloven av 2005.⁷⁶ Siden aml. § 14-9 ikke er ment å endre rettstilstanden vil også tidligere rettspraksis være relevant.

Lovens hovedregel er fast ansettelse. Dette følger av aml. § 14-9. Midlertidig ansettelse er et unntak man på visse vilkår kan gjøre fra denne hovedregelen. Når vilkårene ikke er tilstede vil det naturlige være å falle tilbake på lovens hovedregel. Dette støttes også av Frogner, som uttaler at konsekvensen av ulovlig midlertidighet må være at forholdet må anses som et fast ansettelsesforhold fordi ettersom loven ”ikke [åpner] for andre tilknytningsformer”.⁷⁷

Dette innebærer at de rettigheter og plikter som gjaldt mellom partene videreføres, men at lovens regler om vern mot usaklig oppsigelse og oppsigelsesfrister får anvendelse på forholdet.

I Rt. 2006 s. 1158 la ikke saksøker ned påstand om fast ansettelse med et visst innhold og Høyesterett uttalte derfor at de ”ikke [skal] fastsette det nærmere innholdet av en eventuell fast ansettelse”, men at dette er en oppgave som partene skal løse gjennom forhandling.⁷⁸ Imidlertid nevner han at det synes å være enighet om arbeid tilsvarende 50 % stilling vil være riktig i det aktuelle tilfellet. Arbeidstakeren hadde i tiden ved virksomheten utført arbeid tilsvarende 44 % stilling.

Som veiledende norm er det fremholdt av Dalheim at spørsmålet om det nærmere innhold av den faste ansettelsen må bero på tolkning og utfylling av arbeidsavtalen som ligger til grunn for ansettelsesforholdet.⁷⁹ Her vil både det partene uttrykkelig har avtalt og hvordan arbeidsforholdet har vært praktisert være av betydning.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) på s. 164-165

⁷⁷ Frogner, på s. 240

⁷⁸ Rt. 2006 s. 1158 avsnitt (45)

⁷⁹ Dalheim, på s. 258

Ved fastsettelsen av stillingsprosent vil det følgelig være naturlig å ta utgangspunkt i hvor mye arbeidstakeren faktisk har arbeidet. Her må man imidlertid etter min mening ta høyde for at det kan være svingninger i etterspørsel eller fravær som gjør at arbeidstakeren har arbeidet mer enn hva det permanente arbeidskraftsbehovet i virksomheten skulle tilsi. Hensynet til virksomhetene taler for at man bør se hen til dette permanente behovet ved fastsettelsen av stillingsprosent.

At utgangspunktet bør være hvor mye arbeidstakeren faktisk har arbeidet legges også til grunn av Dalheim som uttaler at regelen bør være at ”arbeidsgiver har plikt til å tilby vikaren arbeid i omtrent samme omfang som før”.⁸⁰

I nylig avsagt dom i Hardanger tingrett la saksøkerne ned påstand om at fast ansettelse med en viss stillingsprosent.⁸¹ Tvisten sto mellom 4 sykepleiere som etter arbeidsavtalen var ansatt med begrenset stillingsprosent. Tre av de la ned påstand om fast ansettelse i 100 % stilling, og den siste om fast ansettelse i 75 % stilling. På grunn av tilkalling til ekstravakter hadde den ene arbeidet over 100 % stilling og de andre henholdsvis 91 %, 85 % og den siste hadde arbeidet omlag 75 %.

Tingretten kom fram til at arbeidstakerne burde ha vært gitt fast ansettelse og uttalte at selv om fast ansettelse med den stillingsprosent det var lagt ned påstand om ville innebære at kommunen på papiret kunne bli sittende med en større grunnbemanning enn det var behov for, var det i lys av det gjennomsnittlige fraværet grunnlag for å gi saksøkerne medhold.

Den nærmere fastsettelsen av innholdet i arbeidsforholdet vil jeg ikke gå inn på her, men viser for øvrig til Dalheims framstilling av emnet.⁸²

⁸⁰ Dalheim, på s. 260

⁸¹ Saksnummer 07-035090TVI-HARD, avsagt 07.12.2007

⁸² Dalheim, på s. 258 flg.

5 Oppsummering

Tilsligelsesavtaler brukes i stor utstrekning. Særlig gjelder dette innen deler av restaurantnæringen og i helsevesenet. Årsakene til den utstrakte bruken er mange, men sentralt er at både arbeidstaker og arbeidsgiver ofte vil ha et ønske om en viss fleksibilitet i arbeidsforholdet. Samtidig vil en slik tilknytning skape en tettere tilknytning mellom arbeidstaker og arbeidsgiver enn dersom arbeidstaker kun skulle stille opp til ett enkeltstående vikariat. Dette kan også være arbeidstaker en inngangsport til fast arbeid ved den aktuelle virksomheten, og i alle tilfelle medfører arbeidsforholdet at arbeidstaker får verdifull arbeidserfaring.

Til tross for fordelene er det nødvendig med en regulering av adgangen til å inngå tilsligelsesavtaler. Avtalene gir beskjeden sikkerhet med tanke på arbeidsomfang og lønn, samtidig som de vil kunne representere en fare for omgåelse av lovens stillingsvernsregler.

Den rettslige reguleringen av tilsligelsesavtalene må ta utgangspunkt i aml. § 14-9. Dette innebærer at vilkårene i aml. § 14-9 som utgangspunkt må være oppfylt. Det er imidlertid på det rene at avtalene på visse vilkår kan gå klar av bestemmelsen. Dette må i så fall bero på en tolkning av avtalen, hvor det sentrale er om avtalen er tilstrekkelig fast og bestemt med hensyn til arbeidstakers rettigheter og plikter og om den lever opp til det stillingsvern som arbeidsmiljøloven legger opp til for fast ansatte.

På dette punktet savnes det autoritative rettskilder. Spørsmålet var oppe til behandling i Rt. 2005 s. 826, men det ble ikke oppstilt en klar regel for når en tilsligelsesavtale går klar av aml. § 14-9. Avgjørelsen ga imidlertid anvisning på hva som er vurderingstemaet i forhold til om avtalene går klar av § 14-9. Det sentrale er om avtalen er tilstrekkelig bestemt med hensyn til arbeidstakers rettigheter og plikter i arbeidsforholdet og om den gir arbeidstakeren det stillingsvern en fast ansatt skal ha etter arbeidsmiljøloven.

I de tilfeller hvor det er på det rene at avtalen må vurderes etter aml. § 14-9 vil det også oppstå særlige spørsmål knyttet til tilsigelsesavtalene. Det er gjerne virksomheter som erfaringsmessig ofte har behov for ekstra arbeidskraft som ønsker å knytte til seg arbeidstakere som kan være en del av en ”ringeliste”. Etter rettspraksis kan man imidlertid ikke inngå midlertidige arbeidsavtaler for å dekke et permanent arbeidskraftsbehov ved virksomheten. Det sentrale er altså om arbeidstakeren i realiteten dekker et midlertidig behov som kan begrunne midlertidig ansettelse eller om arbeidstakeren dekker et permanent behov for arbeidskraft. Dersom arbeidstakeren dekker et permanent behov vil han, om han har tilstrekkelig tilknytning til virksomheten, måtte anses som fast ansatt ved virksomheten.

De begrensninger i adgangen til å inngå tilsigelsesavtaler som følger av aml. § 14-9 og rettspraksis er følgelig en innskrenkning av den fleksibilitet arbeidsgiver har med hensyn til hvilke måter de kan knytte til seg arbeidstakere på. Denne innskrenkningen kommer som en følge av en avveining av arbeidsgivers behov for fleksibilitet og de hensyn som ligger bak lovens hovedregel om fast ansettelse.

6 Litteraturliste

Bøker og artikler

Dalheim, Tron - "Midlertidig ansettelse – tilkallingsvikarer, ekstrahjelper m.v.", Arbeidsrett vol. 3, nr. 4 2006 s. 244

Evju, Stein - "Tilsigelsesavtaler – omgåelse av midlertidig ansettelse", Nytt i Privatretten nr. 3/2005 s. 2

Frogner, Marit B. - "Tilsigelsesavtaler", Arbeidsrett vol. 2, nr. 4 2005 s. 237-242

Fougner og Holo – "Arbeidsmiljøloven kommentarutgave", Universitetsforlaget 2006

Jakhelln, Henning – "Oversikt over arbeidsretten" 4. utgave, Damm 2006

Andre kilder

Tilleggsundersøkelse til Arbeidskraftundersøkelsen (AKU) i 2. kvartal 2004
(http://www.ssb.no/vis/magasinet/slik_lever_vi/art-2004-11-23-01.html)

Riksavtalen for hotell og restaurant 2006-2008
(<http://www.fellesforbundet.no/internet/templates/DocumentList.aspx?id=2361>)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)	Arbeidervern og arbeidsmiljø.
Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)	Arbeidervern og arbeidsmiljø (endringslov)
Innst.O. nr. 2 (1994-1995)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Ot.prp. nr. 24 (2005-2006)	Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (endringslov)

Domsregister

Rt. 1968 s. 725

Rt. 1989 s. 1116

Rt. 1997 s. 277

Rt. 2005 s. 826

Rt. 2006 s. 1158

RG 1980 s. 651

LE-2004-102906

LB-2005-26146

LF-1998-852

Dom Hardanger tingrett av 7.12.2007 - Saksnummer 07-035090TVI-HARD

NAD 1986 s. 935